



Roj: **SAP VI 822/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:822**

Id Cendoj: **01059370022019100191**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **59/2018**

Nº de Resolución: **173/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE JAIME TAPIA PARREÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN SEKZIOA - ZULUP**

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - CP/PK: 01008

TEL. : 945-004821 FAX : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-18/001372

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2018/0001372

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 59/2018

Atestado n.º/ Atestatu-zk. : NUM000 - NUM001

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : ABUSO SEXUAL A MENOR /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 3 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 227/2018

Contra / *Noren aurka* : Darío

Procurador/a / *Prokuradorea* : CARMEN CARRASCO ARANA

Abogado/a / *Abokatua* : SANTIAGO LLORENTE TRICIO

La Audiencia Provincial de Álava, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jaime Tapia Parreño, Presidente, D. Jesús Alfonso Poncela García y D. Raúl Aztiria Sánchez, Magistrados, ha dictado el día 9 de julio de 2019 la siguiente

SENTENCIA Nº 173/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el Procedimiento Sumario nº 227/18, Rollo de Sala nº 59/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de agresión sexual a menor de 16 años contra Darío , con N.I.E. NUM002 , nacido el día NUM003 /199, nacido en Oran (Argelia), y vecino de Vitoria-Gasteiz, hijo de Florentino y de Filomena , con instrucción, defendido por el letrado D. Santiago Llorente y representado por la procuradora Sra. Carrasco; con la intervención del Ministerio Fiscal, y siendo **Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Tapia Parreño.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal presentó sus conclusiones definitivas en los términos siguientes:

Calificó los hechos como constitutivos de un delito de AGRESIÓN SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS, previsto y penado en el artículo 183.1 y 2 del Código Penal .

Consideró al acusado responsable del anterior delito en concepto de AUTOR econforme al artículo 28 del Código Penal .



Estimó que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Señaló que procedía imponer al procesado Darío las siguientes penas y medidas:

LA PENA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de OCHO AÑOS DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por cualquier medio, y la OCHO AÑOS DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a menos de 200 metros de Trinidad , su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro que frecuente.

Igualmente se ha de imponer la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS conforme al artículo 192.1 del Código Penal .

Asimismo, conforme a la previsión del artículo 192.3 del Código Penal , procede imponer LA PENA DE DIEZ AÑOS de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad.

Además, conforme a la previsión del artículo 89 del Código Penal , interesó que se sustituyera la pena de prisión impuesta por expulsión de territorio nacional, una vez que cumpliera dos tercios de la pena de prisión efectivamente impuesta en sentencia.

Finalmente, solicitó que el acusado abonara las costas causadas.

SEGUNDO .- La defensa del encausado en las conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su patrocinado, mostrando su disconformidad con el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- En la tramitación del presente juicio oral ante este Tribunal, se han observado las prescripciones legales de aplicación.

HECHOS PROBADOS

Son Hechos Probados y así se declaran :

1.- El acusado D. Darío (en adelante Darío o el acusado), mayor de edad, pues nació el día NUM004 de 1995, vivía en el mes de enero de 2018 en el centro educativo de DIRECCION000 , situado en la localidad de DIRECCION001 - DIRECCION002 , Araba-Álava, que está destinado a la residencia de menores en situación de desamparo o guarda de la Diputación Foral de Álava.

Trinidad (en adelante Trinidad) también residía en citado centro educativo, y había nacido el día NUM005 de 2002, por lo que el día 2 de enero de 2018 tenía una edad de 15 años y 8 meses.

2.- El día 2 de enero de 2018, sobre las 18:00 horas el acusado se hallaba en la sala común de recreo y televisión, la cual se encontraba en la planta segunda de dicho edificio.

Trinidad , en esa día y a tal hora, fue a la habitación donde dormía, que se sitúa también en la segunda planta de dicho centro, porque un educador le había indicado en la planta inferior que tenía que cambiarse el calzado.

Cuando Trinidad estaba cerca de su habitación, en el pasillo de esa planta segunda, se le acercó el acusado, éste le cogió a aquella una mano y el brazo, se los puso en la espalda y se los retorció, al mismo tiempo que la empujaba hacia el cuarto de aquella, y en este momento le expresó al acusado que le dejara en paz.

Darío , no haciendo caso de tal petición, en esa situación de fuerza física descrita, consiguió llevarla hasta la habitación de Trinidad , y ya en el interior de ésta, cerró el pestillo, de tal manera que la puerta solamente podría abrirse desde el exterior con una llave que portaban los educadores, y acto seguido le dijo que quería "follar" y pretendió besarla cogiéndole por la barbilla a Trinidad , y esta se oponía, retirando la cara.

En este contexto, mientras seguía con la mano y el brazo por detrás de la espalda, retorcidos, como ella se revolvía, aquél le tocó los pechos y la zona cercana a éstos por encima de la ropa, y a continuación la tumbó sobre la cama, el acusado se desabrochó el pantalón, se bajó el calzoncillo y sacó el pene al exterior, que estaba erecto.

Sin solución de continuidad, ya tumbada en la cama, el acusado le subió el vestido e intentó quitarle la braga, y le tocó las nalgas con el pene.

Durante todo este tiempo, Trinidad gritaba "déjame", "para", "no quiero", y él seguía con tal conducta.

3.- Mientras se desarrollaba este comportamiento, una amiga de Trinidad , llamada Celestina (en adelante Celestina), oyó tales gritos, que procedían de la habitación de Trinidad , y por eso aporreó a la puerta para que le abrieran, y entonces Darío cesó en su conducta, abrió la puerta y se marchó, diciendo "que estaba mal", "lo sentía mucho", "que era broma" y "por favor".



4.- No se ha acreditado que Darío , en el momento de llevar a cabo los hechos descritos en el apartado 2, supiera que Trinidad tenía menos de 16 años.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS .

Inicialmente, en la primera sesión del juicio oral, el letrado del acusado planteó, como cuestión previa, la minoría de edad de aquél, y, por tanto, alegó la competencia de la jurisdicción penal juvenil o de menores para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos.

Sin embargo, a la vista de la documentación presentada por el Ministerio Fiscal, al inicio de la siguiente sesión (folios 153-158 del Rollo de Sala), consistente básicamente en una sentencia condenatoria de conformidad respecto del mismo acusado, dictada por el Juzgado de lo Penal número dos de Vitoria-Gasteiz, en un proceso penal, en el que el propio acusado en su escrito de defensa había aceptado su mayoría de edad, afirmando que había nacido el día NUM004 de 1995, y además había presentado un pasaporte, en el que consta como fecha de su nacimiento aquella, el letrado de Darío y éste renunciaron a dicha cuestión previa, asumiendo su mayoría de edad y la competencia de este Tribunal para el enjuiciamiento.

En todo caso, esa documentación y la traída al juicio antes del juicio oral relativa a la fijación de la mayoría de edad (folios 39 y siguientes del Rollo de Sala) acredita con la certeza exigible para una condena penal que el acusado era mayor de edad el día 2 de enero de 2018, concretamente tenía 22 años y 8 meses.

Por ello, no es exigible una mayor motivación sobre este tema.

SEGUNDO.- MOTIVACIÓN FÁCTICA- JUICIO DE HECHO

A partir de la declaración de Darío , de Trinidad , de Celestina , del Sr. Fausto , de la Sra. Noelia , se infiere que el día 2 de enero de 2018 el acusado y Trinidad residían en el centro de DIRECCION000 , que, como es un hecho notorio en esta Provincia, al menos para personas que desarrollan su trabajo en la Administración de Justicia y otros ámbitos sociales o educativos, es un centro en el que residen menores que se hallan bajo la tutela, acogimiento residencial o guarda de la Diputación Foral de Álava.

Este hecho, reflejado en el apartado 1 del relato fáctico, para contextualizar la conducta antijurídica propiamente imputada a Darío , ha sido aceptado y no ha sido discutido.

Tampoco se ha debatido sobre la edad de Trinidad en aquella fecha, y, en todo caso, se deduce de la reseña que obra en el atestado sobre su edad (folio 4) y de la documentación oficial presentada en este proceso, y, por tanto, en dicho momento tenía 15 años y 8 meses, quedándole 3 meses y unos 17 días para cumplir 16 años, lo que es relevante remarcar, a los efectos que luego indicaremos.

A) Sobre la declaración de la víctima.

Constituye la única prueba de cargo directa de la acción violenta contra la libertad sexual que se le imputa al acusado, porque estrictamente no hubo ningún testigo que presenciara aquella, encontrándonos, en principio, ante el supuesto, ya conocido en la práctica judicial y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TC, en que esa declaración es la única que puede desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

Son sobradamente conocidos los parámetros o criterios de valoración racional de esa declaración que ha establecido la jurisprudencia del TS, Sala 2ª, para que esa prueba pueda ser bastante para destruir esa presunción interina de no culpabilidad en que consiste el derecho consagrado en el art. 24.2 CE .

Analizando aquéllos, en primer término, en el plenario, como ya había expuesto en la fase de instrucción y ante la Policía, ha relatado sustancialmente los hechos que eran objeto de acusación, expuestos en el apartado 2 del "factum", **por lo que concurre el parámetro de persistencia en la incriminación.**

Así, ha contado que ya ese día por la mañana había estado muy "pegado" y se acercaba a ella con intenciones de tipo sexual, le hizo comentarios obscenos, y ella le había mostrado la incomodidad por esos actos de tipo sexual.

Ya por la tarde, estaba cerca de su habitación, en el pasillo, se le acercó el acusado le cogió una mano y el brazo, se los llevó a la espalda y se los retorció, al mismo tiempo que la empujaba hacia su habitación, y ella le expresó que le dejara en paz.

De esta forma, con tal violencia física, Darío consiguió introducirla en su habitación, y ya en el interior de ésta, aquél cerró el pestillo, y acto seguido le dijo que quería "follar", y pretendió besarla cogiéndole por la barbilla, lo que evitó, moviendo la cara.



Contó, asimismo, que, estando con la mano y el brazo por detrás de la espalda, retorcidos, le tocó los pechos y las zonas del cuerpo próximas a éstos, por encima de la ropa, y a continuación le tumbó sobre la cama, el acusado se desabrochó el pantalón, se bajó el calzoncillo y se sacó el pene, que lo tenía erecto.

A continuación, el acusado le subió el vestido e intentó quitarle las bragas, y le tocó las nalgas con el pene, lo que es lógico o acorde a máximas de experiencia, si aquel miembro se encontraba en tal estado.

El letrado de la defensa ha esgrimido que el testimonio no habría sido persistente, porque, al denunciar, habría indicado que Darío se bajó los pantalones y el calzoncillo, mientras que en el plenario señaló que se desabrochó el pantalón y se bajó el calzoncillo.

Como se puede comprobar, la discrepancia es mínima, y es más, las manifestaciones verbales reflejadas en el atestado, según cómo se interpreten, coinciden con lo depuesto en el juicio oral, porque, si una persona se desabrocha el pantalón y se aparta ligeramente el calzoncillo para sacar o exhibir el pene, en cierta manera se puede decir que se ha bajado los pantalones y el calzoncillo.

A pesar de que ha reiterado el letrado que ha habido divergencias entre las declaraciones, con todo el respeto, esa es la única que hemos escuchado en su informe final.

También ha expresado, en el contexto de este parámetro de valoración racional, sin mayor precisión, que podría haber fabulado o exagerado, pero, aparte de su alegación, no hay datos objetivos y precisos para concluir que Trinidad sea una persona fabuladora o exagerada, ni que en este caso concreto haya inventado un suceso que no ha ocurrido o ha añadido extremos que no hubieran acaecido.

Por otro lado, este Tribunal entiende que concurre también el parámetro de ausencia de incredibilidad subjetiva.

A este respecto, el letrado ha alegado que habría un móvil espurio en esa declaración, que sería que Trinidad no habría sido correspondida en un plano amoroso o sentimental por Darío, puesto que a aquella le hubiera gustado ser la novia de éste, y la denuncia e imputación sería una venganza por tal rechazo.

Ella ha negado, de manera convincente (extrañándose de tal alegación o insinuación del letrado), ese supuesto deseo de ser su amiga íntima, lo que también ha sido rechazado por su amiga Celestina, aludiendo incluso a que a Darío no le gustan este tipo de chicas.

En todo caso, este alegato, basado en la simple declaración del acusado, no es asumible, por verosímil, para este Tribunal, en el conjunto de una declaración en la que el acusado sustancialmente ha mentido en varias ocasiones, incluida su edad, que solo ha reconocido cuándo el mismo, contra sus propios actos y le interesaba, en otro proceso, ha tenido que afirmar que era mayor de edad.

En definitiva, esta Sala no ha constatado ninguna circunstancia o razón que haga pensar que no concorra el presupuesto de ausencia de incredibilidad subjetiva, o dicho de otra manera es de apreciar el requisito de la falta de incredibilidad subjetiva, puesto que no hemos apreciado que exista algún móvil espurio (odio, venganza, enemistad, etc.) que pueda llevar a pensar que tal testimonio se haya producido por dicha razón.

B) Sobre los datos de corroboración periférica del testimonio de Trinidad .

La existencia de datos de corroboración periférica es el criterio o parámetro más trascendente para que pueda ser desvirtuada la presunción de una persona acusada cuando se basa en la declaración de la víctima.

Pues bien, el testimonio inculpatario de aquella está corroborado periféricamente por datos que se inducen de la declaración de un testigo, que es directa y además de referencia (Celestina); de la deposición del propio acusado, en un extremo muy relevante, y por las manifestaciones de otros testigos, que fundamentalmente son de referencia.

B.1.- La declaración de Celestina .

El testimonio de esta amiga de Trinidad, que también vivía en el centro de DIRECCION000 aquél día y año, frente a lo que se ha esgrimido, es el de un testigo directo, en algunos extremos o aspectos, y es de referencia en otros.

Aquella, también a lo largo del proceso, ha ofrecido el mismo relato inculpatario, y no existe ninguna razón o móvil para que haya inculpatado al acusado, ni para estimar que ha contado aquél por la amistad que tiene con Trinidad, como ha sugerido el letrado de la defensa.

En primer lugar, es testigo directo, porque como ha relatado en las diferentes declaraciones y en especial en el juicio oral, escuchó los gritos de falta de consentimiento y en cierta forma de agobio que, por su trascendencia



para fijar la acción del acusado, hemos recogido en el apartado 3 del "factum" ("déjame", "para" "no quiero"), y de ahí que aporreara (no llamara simplemente) la puerta para que le abrieran.

Además, es testigo directo de que en ese momento la puerta estaba cerrada con ese pestillo interno al que aludió Trinidad y dos de los educadores, que impedía el acceso al interior salvo para éstos, que tenían una llave que podría hacerlo saltar, porque tuvo que golpear la puerta, pues en otro caso habría entrado al interior.

También percibió con sus sentidos que, Darío abrió la puerta del cuarto y salió con la ropa revuelta o descamisado, que es la propia de una persona que se ha desabrochado-bajado parcialmente el pantalón y el calzoncillo, y la camisa no se ha ajustado. Aunque no contara previamente, según se alegó, ese dato, tal vez porque no se le preguntó, ese extremo se puede tomar en consideración.

Por otro lado, según la declaración de aquélla, el acusado le indicó que "lo sentía mucho", que "era broma" "por favor", como pidiendo disculpas y un perdón, manifestaciones propias de una persona que ha hecho algo malo o negativo.

Estas indicaciones, si el acusado hubiese negado cualquier interacción o relación en esa habitación de Trinidad, podrían ser valoradas con cautela, porque no se pueden ponderar declaraciones autoinculpatorias del acusado al margen del proceso, pero, si, como indicaremos a continuación, Darío lo admite, aunque explica que estaba para otro fin o por otra razón, no ilícita (Trinidad le iba a prestar unos zapatos o zapatillas), sí puede ser ponderado,

Finalmente, como testigo directo, constata con sus sentidos que Trinidad estaba asustada.

Además, su testimonio puede ser valorado como el de un testigo de referencia, porque inmediatamente, en ese momento y lugar, le contó que le había intentado agredir sexualmente, en la forma descrita, lo que concuerda con los signos o datos que ella percibió con su oído (gritos de rechazo) y su vista, en los términos indicados.

B.2.- La declaración de Darío .

Más tarde valoraremos con más profundidad su declaración en el plenario, en la medida que no ha admitido su responsabilidad criminal.

En este apartado de la valoración de los datos de corroboración periférica del testimonio de Trinidad como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, sí resulta preciso reseñar que el acusado ha reconocido haber estado ese día y a esa hora con Trinidad en tal habitación, como han expuesto ésta y Celestina .

No se trata, pues, de uno de esos supuestos, en que la hipótesis fáctica inculpatoria formulada por el Ministerio Fiscal, que este Tribunal ha asumido, se construye totalmente sobre el testimonio de uno o dos testigos, sino que el propio acusado confiesa que estuvo con Trinidad en ese día y en esa hora en la habitación, y lo que ocurre es que, según su versión, habrían estado en el interior porque Trinidad le iba a prestar unos zapatos.

En otro apartado específico, posteriormente, reiteramos, abordaremos esta versión alternativa, aunque ya podemos adelantar que no se sostiene.

B.3.- Otros testimonios.

También pueden ser valorados como testimonios que corroboran la declaración inculpatoria de Trinidad, los de la Sra. Julia, madre de Trinidad; los de los educadores Sr. Fausto y Sra. Noelia, así como el del agente de la Ertzaintza número NUM006 .

Así, aquélla les ha contado a todas esas personas esa misma versión que ella ha referido a lo largo de todo el proceso penal.

Brevemente, podemos señalar que la madre de Trinidad relató en el plenario que le dijo que el chico (el acusado) intentó violarla en su habitación; que gritó, acudió Celestina y el chico se fue. Asimismo, que a su hija le afectó mucho y que cuando se lo contó estaba muy nerviosa y lloraba, y quería irse de Vitoria-Gasteiz. Si al principio dudó un poco de su testimonio, no fue porque no la creyera, sino porque le hizo ver la trascendencia de su acusación para aquél.

El Sr. Fausto y la Sra. Noelia, educadores del centro, también ratifican tal versión.

Aquél explicó que hablaron con Celestina y les contó que esa tarde había oído aquellos gritos de auxilio procedentes de la habitación de Trinidad, llamó a la puerta y salió el acusado.

Más tarde Trinidad, que, según ella, se había fugado precisamente para no coincidir con el acusado en el centro, lo que puede ser comprensible y razonable desde una perspectiva victimológica, volvió y habló con el, y dándole credibilidad a su testimonio (y al de Celestina) le acompañaron a denunciar el hecho.



Le contó básicamente el mismo suceso que ha narrado Trinidad (la metió con violencia en la habitación, la tocó, la empujó sobre la cama e intentó retirarle la ropa interior y cree recordar que se sacó el pene).

Confirmó que la puerta de la habitación tiene un pestillo interior y se puede abrir la puerta con una llave exterior que portan los educadores.

Es verdad que este testigo señaló que no estaba nerviosa, y no le dio la impresión de que daba al hecho la relevancia que tenía, pero esta apreciación, que se pueden explicar por diferentes razones relacionadas con la propia personalidad de la que podemos llamar ya víctima (resiliencia, fortaleza psíquica, la propia relevancia subjetiva que le otorgue la persona en el contexto de su vida, etc.) no empece para apreciar en tal testimonio la trascendencia que tiene, y es que los educadores le dieron credibilidad y, por ello, le acompañaron a denunciar el hecho.

La Sra. Noelia confirma que ese día le habían mandado a Trinidad a tal habitación a cambiarse de calzado por una actividad, y también estuvo con aquella y Celestina cuando les contaron los hechos.

Finalmente, el agente de la autoridad arriba citado recogió la denuncia, y explicó en el plenario que la denunciante refirió tocamientos, exhibición del pene, un frotamiento con éste, el cerramiento de la habitación con el pestillo y la intervención de Celestina, y también oyó a ésta, que ratificó la declaración de aquella, en el sentido de que había oído gritos, golpeó la puerta y le abrió el acusado, encontrando llorosa a Trinidad.

En definitiva es de aplicación la doctrina de la sentencia del TS, Sala 2ª, 342/2017, de 12 de mayo de 2017, que cita la STS núm. 29/2017, de 25 de enero, en el sentido de que "**la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio**". En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima: Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar."

Y, aunque esta resolución añade que, "Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal";", en este caso, su concurrencia racionalmente nos permite otorgar total crédito a ese testimonio incriminatorio.

Teniendo en cuenta la motivación expuesta, la concurrencia de tales parámetros, en especial todos esos datos de corroboración periférica, inferidos de esas pruebas personales, el hecho de que tardara en denunciar un cierto tiempo, no mucho, puesto que se formuló denuncia el día 5 de febrero de 2018 (un mes después aproximadamente), frente a lo que se adujo, no tiene ninguna trascendencia, puesto que, como nos enseña la Victimología y la práctica judicial, existen diferentes razones (vergüenza, miedo, etc.) para tal retraso, que en este caso, además, en nimio, y este caso, por su propia edad y circunstancias personales, simplemente prefirió marcharse o fugarse del centro, y, al haberse amparada decidió volver y afrontar la situación.

En conclusión, la declaración de Trinidad es prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia para inferir la existencia de una conducta violenta de carácter físico; unos tocamientos de contenido o significación sexual y el dolo propio de un delito de agresión sexual, que se infiere de los propios actos ejecutados sobre el cuerpo de aquella (tocamientos en zonas erógenas), y con su conducta respecto de él (bajarse o retirarse el pantalón y los calzoncillos y extraerse el pene).

C) la declaración exculpatoria del acusado.

Ya hemos expuesto previamente que en gran medida el testimonio del acusado puede ser valorado para corroborar el testimonio de la víctima, porque reconoce en ese día y hora haber estado en la habitación con Trinidad.

Su versión, no obstante, en su conjunto es exculpatoria, puesto que no admite que llevara a cabo todos esos actos violentos contra la libertad sexual de Trinidad, y ha explicado, en primer lugar, que ese día estuvo en la habitación de Trinidad, porque ésta le iba a prestar unos zapatos, los cogió y se marchó.

Trinidad obviamente ha rechazado esta versión, y ya hemos expuesto su relato incriminatorio, y también ha indicado que efectivamente le había prestado tales zapatos mucho tiempo antes, y no ese día.

Celestina ha explicado que sí que le había prestado unos zapatos, pero que esto no ocurrió ese día, sino mucho antes, en el mismo sentido que Trinidad.

Esa explicación alternativa que da a esa estancia o permanencia en tal habitación, en ese día y hora, no solo no ha sido probada por ningún medio probatorio, sino que esas declaraciones la rechazan.

Más bien, el acusado utiliza un suceso pasado para tratar de justificar su presencia en esa habitación, en la que, más bien, como indicaron los educadores, no debería estar.



No asumimos, pues, en modo alguno esa versión exculpatoria que ofrece para justificar su presencia en tal lugar en ese momento.

Por otro lado, el acusado y su letrado han pretendido restar o anular la fuerza acreditativa de los testimonios inculpativos de Trinidad y Celestina aportando unas fotografías (folios 159-161 del Rollo de Sala), sacadas muchos días después de ocurrir los hechos (son del día 17 de octubre de 2018), y, además, se ha alegado que otros días habrían coincidido el acusado con aquélla y ésta, especialmente ésta, que le habría dicho a aquél que iba a retractarse o lo que es lo mismo retirar la denuncia.

Ambas han rechazado que esto haya sido así.

Según el relato del acusado, que ha apoyado su letrado, Trinidad, en ese día que estuvieron juntos y que recogen las citadas fotos, le habría pedido al acusado que para retirar la denuncia tendría que invitarla a una cena o comida.

La misma versión, en sí misma considerada, es bastante increíble, porque lo es pensar que una persona por la invitación de una simple comida pueda retractarse de una imputación tan grave.

En todo caso, la versión que ofrecen Trinidad y Celestina sobre esas fotos es sustancialmente diferente y nos resulta más creíble.

Conforme a su relato, sustancialmente idéntico, Darío se citó con Celestina y ésta le llamó a Trinidad en la zona de la estación de DIRECCION003 y luego fueron al centro comercial DIRECCION004, donde se sacaron las fotos.

En esa cita, en la que estaban los tres y la novia de Darío, el acusado pretendía convencerlas de que retiraran la denuncia, invitándolas a comer o cenar, es decir, justamente lo contrario de lo que había expuesto el acusado, esto es, que Trinidad y Celestina le habrían pedido tal invitación para retirar la denuncia.

Al letrado del acusado le ha podido parecer extraño o fuera de la lógica que se puedan citar con el "victimario", cuando habían ocurrido previamente los hechos enjuiciados, pero se ha de resaltar que son personas jóvenes, en concreto Trinidad todavía es menor y Celestina acaba de cumplir 18 años (nació el día NUM007 de 2000); todos habían vivido juntos, y las dos chicas no tienen la experiencia o madurez (tal vez propiciadas por déficits educativos y de socialización que les llevaron a ese centro de menores) para rechazar este tipo de encuentros, máxime cuando se trata de unas personas con la que habían convivido en el centro de menores, en los cuales se crean lazos de solidaridad y amistad.

En definitiva, la versión del acusado, relativa al hecho nuclear en la habitación (préstamo de unos zapatos), así como a esa suerte de "chantaje" (retractarse a cambio de una comida), se puede rechazar totalmente, y esta misma refutación de la versión exculpatoria del acusado sirve para corroborar la responsabilidad penal de éste.

En efecto, como ha sentado la jurisprudencia del TC y del TS, Sala 2ª, este rechazo de su versión puede ser valorado para corroborar una inferencia fáctica, obtenida por prueba directa o indiciaria, si ésta ha permitido establecer más allá de toda duda razonable la participación de una persona en el hecho delictivo imputado.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, número 120/18, de 16 de marzo de 2018, en relación al valor que se ha de dar a la declaración del acusado señaló lo siguiente:

" En este sentido en SSTS 573/2010 de 3 de junio, y 615/2016 de 8 julio, hemos recordado que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente (STC 221/88 y 174/85).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, se argumenta que "en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos: a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985, 24/1997 y 45/1997).

b) Los denominados conraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.dr. SSTC 76/1990 y 220/1998).

c) La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que



se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995 , 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990).

En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa".

*Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. **Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto**". (SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/2009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10)¿ "*

En conclusión, la prueba de cargo practicada en el plenario con todas las garantías es suficiente para inferir más allá de toda duda razonable que el acusado, utilizando actos físicos violentos, realizó tocamientos en los senos y nalgas de Trinidad , atentatorios contra su libertad e indemnidad sexual, y, además, ese inverosímil relato exculpatorio del acusado refuerza esa certeza y nos persuade de que Darío llevó a cabo esa conducta imputada, con la matización que exponemos a continuación.

D.- Sobre el conocimiento de la edad de Trinidad por parte de Darío .

Este extremo o hecho fáctico tan relevante ha sido obviado por las partes, y lo que es más relevante por la parte acusadora.

Esta Sala, al analizar si se ha desvirtuado o no el derecho a la presunción de inocencia de una persona, por aplicación del art. 24.2 CE , ha de verificar ese juicio en relación a todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal por el que ha sido objeto de imputación dicha persona acusada, así como en relación a la participación de esta persona en esa infracción criminal.

En los apartados A, B y C, hemos examinados los requisitos propios de una agresión sexual y la autoría del acusado en ese delito contra la libertad e indemnidad sexual.

Ahora bien, Darío ha sido acusado de un delito de agresión sexual "a menor de 16 años", previsto y penado en el art. 183.1 y 2 CP .

El hecho de que Trinidad tenía 15 años y 8 meses no ha sido discutido o cuestionado, y, como hemos reflejado al inicio de este fundamento de derecho, aparece su edad en el atestado y se ha probado en los actos judiciales, por lo que se ha demostrado tal presupuesto del tipo con la certeza exigida para una condena por este delito.

Ahora bien, en el juicio oral (como ya había ocurrido en el proceso) ha pasado desapercibido un elemento o presupuesto subjetivo, que era trascendente y necesario para poder condenar a aquél por ese delito, que era que el acusado conociera que Trinidad tenía menos de 16 años.

En tal sentido, en el momento de analizar la prueba y deliberar el pronunciamiento y llegar a una conclusión, a la vista de la prueba practicada (y la no practicada), esta Sala alberga serias dudas razonables sobre la prueba de ese elemento subjetivo del tipo, por lo que no le puede condenar por este tipo, que en realidad es uno cualificado o agravado respecto al delito contemplado en el art.178 CP .

En efecto, sobre esa cuestión, se le preguntó al acusado sobre las personas que vivían en el centro DIRECCION000 , y contestó que unos 17 residentes, y más concretamente si en dicho centro vivían menores de edad, a lo que él contestó que había mayores y menores de edad, tal vez porque él mismo vivía allí, aunque era mayor de edad, en función de su falta de documentación (lo que más tarde fue aclarado mediante unas pruebas médicas que determinaron su mayoría de edad y un Decreto de la Fiscalía, por lo que ya no siguió en tal centro).

Efectivamente, según máximas de experiencia y conocimientos derivados de la práctica judicial, no es inhabitual que en tal centro, que recoge también menores extranjeros no acompañados, bajo la tutela de la Diputación Foral de Álava, pueda estar alguna persona mayor de edad, hasta que se aclara o se fija cuál es su edad real.

En definitiva de su declaración no cabe inferir que supiera que era menor de 16 años.

En relación a este extremo, no se hizo ninguna pregunta a alguno de los testigos que depusieron en el plenario, esto es, si Darío podía saber que Trinidad tenía 15 años y 8 meses o si se quiere incluso 15 años.



En la mejor de las hipótesis, podríamos inferir que el acusado conoció con certeza que las personas que residían en el centro educativo eran menores de edad, pero no se puede saber con esa certidumbre que exige una condena penal que supiera que tenía aquella edad inferior a 16 años.

Podemos inferir aquella conclusión, porque el acusado sabía que en dicho centro normalmente eran recogidos y protegidos menores, y solo en casos excepcionales, si no se sabe la edad, más bien con menores extranjeros no acompañados, lo que no era el caso de Trinidad, podría haber personas adultas, mayores de 18 años.

Ahora bien, puede ser muy común que residan mayores de 16 años, y es más, por máximas experiencia y conocimientos propios de la función judicial, dada las peculiaridades de ese centro que recoge menores con problemas serios de conducta, más bien creemos que es más habitual que los residentes tengan 16 ó 17 años.

Sentado lo anterior, en este caso, hemos de partir de que en aquella época Trinidad tenía una edad de 15 años y 8 meses, quedándole tres meses y unos 15 días para cumplir 16 años.

Es fácil coincidir que la diferencia física entre una persona de 16 años y un día y 15 años y 8 meses es más bien sutil, produciéndose normalmente el desarrollo de una chica en edades más tempranas, 12 ó 13 años, tal vez 14 años, a veces antes.

En el momento del juicio, ya con 17 años y unos meses, hemos comprobado que Trinidad es una chica bastante desarrollada físicamente, y también madura

Disponemos de esas tres fotos que han sido aportadas con los fines antes indicados, en los que podemos constatar que en el mes de octubre de 2018 era una persona desarrollada físicamente, muy parecida a la percepción actual.

En definitiva, a diferencia de otros supuestos en los que la sola apariencia física, puede servir de dato esencial para inferir que la persona acusada conoce que tiene una edad inferior a los 16 años, en este caso no es así, porque tenía una edad muy cercana a ésta y tenía un desarrollo físico propio de una persona que podría ser mayor de 16 años o adulta.

Por otro lado, según podemos inferir de la prueba personal practicada en el juicio oral (declaraciones del acusado, de Trinidad y Celestina), la relación entre Darío y Trinidad no era de amistad íntima o cercana (a diferencia de la relación entre Trinidad y Celestina), sino que más bien se conocían, desde fechas que no se han podido fijar, en todo caso, unos pocos meses antes, como compañeros o residentes del centro.

En este tema son concordes sus versiones, porque Darío afirma que no tenía relación de amistad con Trinidad; no salían juntos, no tenía su número de móvil, y Trinidad, que coincidió con el acusado unos 4 meses, no eran amigos, no salían juntos y no tenía su número de teléfono móvil.

Celestina también señaló que Trinidad no tenía amistad con el acusado.

Sentado lo anterior, no consta acreditado que en esa convivencia o residencia común durante ese período de tiempo, más o menos extenso, el acusado pudiera haber conocido cuándo nació Trinidad (y, por tanto, la edad que tenía ésta el día 2 de enero de 2018), siendo éste un dato más bien secreto, y que solamente se transmite a personas cercanas amigas, y ambos no lo eran.

En conclusión, no podemos inferir más allá de toda duda razonable que Darío supiera que Trinidad era menor de 16 años.

Además, tampoco podemos vislumbrar un dolo eventual, como ese dolo de indiferencia al que se refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que luego citaremos, por esas mismas circunstancias, a las que se puede añadir que en ese centro de menores es más habitual que los menores que residen sean de una edad de 16 y 17 años, y por otra circunstancia que afecta al propio acusado.

En efecto, como éste manifestó en el plenario, se trataba de una persona de unos 22 años y 8 meses el día 2 de enero de 2018, que acababa de llegar a España, en principio, primero a Bilbao y luego a Vitoria-Gasteiz, llevando en aquel momento a penas un año en este país, puesto que el acusado afirmó que en la actualidad llevaba aproximadamente dos años y medio.

Esto se justifica, además, porque fue aceptado por las Instituciones Públicas de Protección de Álava como un menor extranjero no acompañado, y, además, por el escaso conocimiento de la lengua española, habiendo necesitado de interprete en el juicio oral, a pesar de que lleva dos años y medio.

Pues bien, teniendo en cuenta conocimientos muy elementales sobre aspectos sociales de su país de origen, Argelia, y su propia edad en aquella época, esos 22 años, y el poco tiempo que llevaba en España, es muy probable que no supiera que en España las personas menores de 16 años gozan de una protección jurídico penal superior que una persona de mayor de edad.



Valorando todas estas circunstancias descritas, estimamos que ni tan siquiera se pudo representar que Trinidad tuviera una edad por la cual se agravaría su conducta violenta contra la libertad sexual.

Al no haberse probado este dato o hecho, no podemos condenar al acusado por ese delito por el que ha sido acusado, pero sí puede ser condenado por un delito del art. 178 CP, al resultar obvio que no hubo ningún consentimiento para tal comportamiento violento de contenido sexual.

TERCERO.- JUICIO DE SUBSUNCION

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de agresión sexual previsto en el art. 178 CP, y no pueden ser sancionados como un delito contemplado en el art. 183.1 y 2 CP.

A) Sobre la agresión sexual con violencia.

Es diáfano que los hechos descritos en el apartado 2 del relato de hechos probados son constitutivos de un delito de agresión sexual, porque el acusado utilizó una violencia, consistente en agarrar la mano y el brazo de Trinidad, ponerlos en la espalda y retorcerlos, empujar a ésta, tirarle sobre la cama, que constituye una fuerza física, y, utilizando estos actos agresivos le hizo tocamientos con las manos en los pechos y zonas cercanas a éstos, y en las nalgas, en este caso, con el pene.

Todos esos actos en tales partes del cuerpo, mostrando un pene erecto, tienen un claro contenido o una diáfana significación sexual, sin ser precisa una mayor justificación.

Además, realizó ese comportamiento de manera dolosa, sin ser preciso ningún dolo específico (ánimo libidinoso o lúbrico), sino simplemente era necesario el conocimiento de que, por un lado, esa conducta era rechazada, lo que era muy diáfano, no solo por la utilización de la violencia sino por las contundentes expresiones de rechazo que Trinidad profirió, y, por otro, él de la connotación sexual, contraria a la libertad e indemnidad de aquélla, de la conducta que desarrollaba, que también se induce de los propios tocamientos.

Se cumple en este caso perfectamente la jurisprudencia del TS, Sala 2ª, en relación a este tipo delictivo

En efecto en la reciente sentencia número 13/2019, de 17 de enero de 2019, se sienta lo siguiente.

" La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle de las muñecas, o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual ¿ "

Y más tarde añade, en relación a los requisitos de esta infracción criminal que son los siguientes:

" 1.- Ausencia de consentimiento de las víctimas manifestada claramente en los hechos probados. 2.- Empleo de violencia o intimidación. 3.- Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima. Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación el acto integra un delito de abuso sexual del art. 181 CP. En los casos tipificados en los hechos probados por la vía del art. 178 CP se evidencia el empleo de violencia. Y por esta entendemos actos de compulsión física, de acometimiento o imposición material. Y se trata de una agresión, con mayor o menor empleo de violencia, pero al fin y al cabo de agresión, como coger a alguien del brazo y tratar de arrojarle al suelo, de la cintura para realizar un movimiento sobre ella y tirarla al suelo; en definitiva, de actos de coerción física para vencer su voluntad, no con intimidación para vencer el aspecto psicológico de la víctima y conseguir el autor su voluntad de ataque a la libertad sexual, sino de vis física, la cual no requiere que sea grave, o muy grave, sino cualquier acto que implique una acción física sobre la víctima "

No ha sido discutida esta cuestión por el acusado, seguramente porque era evidente que, si se probaba la conducta imputada, la calificación jurídica de ésta era muy diáfana.

B) Sobre la comisión de un delito de agresión sexual sobre un menor de 16 años.

Al igual que, desde la perspectiva de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia este tema no fue planteado por el letrado, pero este Tribunal en su labor jurisdiccional y constitucional, tuvo que realizar tal juicio o examen, al tener que motivar el juicio de tipicidad, también debe argumentar sobre la subsunción de los hechos en un concreto tipo penal, con independencia o más allá de lo que expongan las partes.

En tal sentido, en consonancia con lo que hemos razonado en el apartado D) del fundamento de derecho segundo, no es posible la condena del acusado por el delito contemplado en el art. 183.1 y 2 CP, porque no



consta acreditado más allá de toda duda razonable que el acusado conociera que Trinidad tenía menos de 16 años ni que se pudiera representar que tuviera mes de tal edad.

En tal sentido, el auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, número 797/2017, de 18 de mayo de 2017, con cita de varias sentencias de ese órgano, indicó lo siguiente:

" La Sentencia del Tribunal Supremo 97/15 de 24 de febrero, que cita la sentencia recurrida, se retrotrae a jurisprudencia anterior como es la Sentencia del Tribunal Supremo 392/2013 de 16 de mayo, y recuerda que, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); **por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción** (STS. 1254/2005 de 18.10).

Ahora bien es indudable que el dolo exigido puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, **al llamado dolo de indiferencia**. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo ; 1349/2000, de 10 de julio ; 2076/2002, de 23 enero 2003) ".

La referida sentencia del TS, Sala 2ª, número 97/2015, 24 de Febrero de 2015, ampliando y puntualizando esta doctrina, señaló lo siguiente:

" **Como hemos dicho en STS. 392/2013 de 16.5, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción.** En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. **Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo**, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o **sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven** (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10).

En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años .

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del art.187.1y2CPo en su caso del art. 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia; ", y se reitera la posición que ya hemos reflejado al recoger ese auto de 18 de mayo de 2017 .



Esta jurisprudencia, aunque relativa a la redacción del Código Penal anterior a la dada por la LO 1/2015, que elevó la edad de consentimiento sexual válido de los 13 a los 16 años, es aplicable plenamente a los supuestos de error en la edad de 16 años.

En este caso, parafraseando dicha jurisprudencia, el delito por el que se formulaba acusación por el Fiscal, a la vista del art. 183 del CP (afectado en su redacción inicial por las reformas operadas por las leyes orgánicas 11/1999, 21 de mayo, 15/2003, 25 de noviembre, 5/2010, 22 de junio y 1/2015, 30 de marzo), exigía que Darío abaricara con el dolo, aunque fuera eventual o de indiferencia, que Trinidad tenía menos de 16 años.

Esta cuestión puede ser abordada, en este caso, desde la perspectiva del error, que puede ser de tipo (art. 14.1), o más bien, según nuestra posición, de error de cualificación de la infracción, porque el delito de agresión sexual violenta respecto de un menor de 16 años, contemplado en el art. 183.1 y 2 CP, es un delito cualificado o agravado respecto del delito básico previsto en el art. 178 CP, por la edad de la víctima.

También puede ser examinado como un aspecto o extremo que afecta al mismo dolo, que, reiteramos, precisa que el sujeto activo conozca que la víctima es menor de 16 años o al menos se represente la alta probabilidad de que tenga tal edad y le resulte indiferente continuando en su comportamiento poniendo en riesgo el bien jurídico protegido.

Como hemos motivado en el apartado D) del fundamento de derecho segundo, más precisamente, en este caso, atendiendo fundamentalmente a la edad de Trinidad, muy cercana a los 16 años (15 años y 8 meses), el grado de desarrollo físico de ésta el día 2 de enero de 2018, así como la escasa relación personal que habían mantenido Darío y aquella, no podemos inferir más allá de toda duda razonable que conociera que tenía aquella edad.

Además, según hemos expuesto en aquel apartado, tampoco podemos vislumbrar con una mínima certeza ese dolo eventual, como ese dolo de indiferencia al que se refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por esas mismas circunstancias, por el hecho de que en el centro de DIRECCION000 normalmente habría menores de 16 y 17 años, su propia socialización en un país extranjero, Argelia, y su residencia en España de unos pocos meses o un año cuando ocurre el acto antijurídico.

Por tanto, al no concurrir el dolo propio del tipo penal agravado, en sede de tipicidad, no puede ser aplicado el art. 183.1 y 2 CP.

La misma consecuencia se obtiene si se aplica el art. 14.2 CP, si consideramos que el acusado tuvo un error (desconocimiento o ignorancia) sobre "un hecho que cualifica la infracción", como es la edad de la víctima, que impide aplicar dicha cualificación.

CUARTO.- PARTICIPACION- AUTORIA

Del delito referido en el anterior fundamento de derecho es autor el acusado, como autor material y directo de la conducta sancionada (artículo 28.1 del Código Penal), de acuerdo con lo que hemos motivado en los dos anteriores fundamentos de derecho, porque llevó a cabo dolosamente la acción que integra aquel tipo penal.

QUINTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que no se han alegado ni se han constatado por este Tribunal

SEXTO.- JUICIO DE INDIVIDUALIZACIÓN

La pena prevista en el art. 178 CP para el delito es de 1 a 5 años de prisión.

Dicha pena se ha de fijar en la mitad inferior, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aplicando el art. 66.1.6ª CP y el criterio de este Tribunal cuando no son de apreciar aquéllas, es decir, salvo casos muy excepcionales, y este no lo es, aquella no puede ser impuesta en la mitad superior, cuando dicho precepto contempla esta medida de pena para los casos en que concurre una o más agravantes (art. 66.1.3ª CP).

Dentro de esa mitad inferior, estimamos que es proporcional, a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del acusado, **la pena de 3 años de prisión.**

En cuanto a los hechos, aunque no hayamos aplicado el tipo cualificado o agravado, lo cierto es que sí que se tuvo que representar la muy alta probabilidad de que fuera una menor (de 16 ó 17 años), puesto que vivían en el centro, mientras que el era una persona mayor de edad, que, conociendo su mayoría de edad, vivía en tal centro.

La minoría de edad es un elemento o dato que, en sede de individualización, puede ser ponderada para no imponer el mínimo legal de un año y elevarla hasta ese "quantum".



Por otro lado, para imponer tal pena, valoramos la misma conducta imputada y probada, que se ha estimado razonablemente como una agresión sexual consumada, pero el acusado se encaminaba hacia un intento de violación o a ésta misma, y solamente la intervención o aparición de Celestina interrumpió aquélla, puesto que le había indicado a Trinidad que quería follar; se había sacado el pene, le tumbó sobre la cama, le subió el vestido y le intentó retirar la ropa interior; momento en que apareció la amiga de aquélla.

Impuesta tal pena de prisión, procede la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, conforme al art. 57.1 CP .

Igualmente, ex. art. 192.3 CP , se le impone la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un período de 6 años.

Conforme al art. 89.1 CP , la pena de prisión ha de ser sustituida por su expulsión del territorio nacional.

No concurre alguno de los supuestos que excepciona esa norma general, contemplados en el art. 89.4 CP , porque ni las circunstancias del hecho, ya descrito, ni las personales del autor, en especial por su nulo arraigo en España, permiten concluir que la expulsión sea desproporcionada.

Según su declaración, en este aspecto asumible, lleva en España 2 años y medio, por lo que ahora que tiene 24 años y 3 meses, podemos considerar que unos 22 años ha vivido en su país de origen, Argelia, por lo que no tiene arraigo personal; no tiene padres, hijos, hermanos en España, por lo que carece de arraigo familiar; no trabaja ni ha trabajado, por lo que no tiene arraigo laboral o económico; no está vinculado a sociedades, grupos, etc., por lo que, en fin, carece de arraigo social.

Solamente explicó que está aprendiendo-estudiando español, lo que podría ser verdad, porque se apreciaba que algo sabía de dicha lengua, y que está haciendo un curso de "pladur" en un centro ocupacional, lo que no ha demostrado, a pesar de que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación ya le indicaba al letrado y a él que deberían aportar la documentación relativa a su arraigo.

En todo caso, aunque fuera esto verdad, se puede afirmar que no tiene un arraigo personal, familiar, laboral, social, etc. mínimo para entender que la medida de expulsión es desproporcionada.

Por otro lado, no procede la aplicación de la posibilidad "excepcional" que contempla el último inciso del apartado 1 del art. 89 CP , esto es, el cumplimiento de una parte de la pena en prisión, porque no la estimamos precisa ni desde la perspectiva de la defensa del orden público ni del restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida.

Ex. art. 89.5 CP , se impone una duración temporal de la expulsión de 6 años, en atención a la pena impuesta.

Como quiera que pudiera volver a España, en los términos del art. 89.7 CP , lo que provocaría el cumplimiento de la pena de prisión, y en todo caso, si retornara después de los 6 años, es preciso fijar la solicitada medida de libertad vigilada, por un período de 5 años, la cual, reiteramos, solamente tendría sentido que se cumpliera en caso de retorno, bien durante el período de expulsión o bien pasados esos 6 años.

Para estos supuestos de posible retorno y porque la comunicación es posible desde cualquier parte del planeta, para la protección de la víctima, también procede la imposición de las penas solicitadas de prohibición de aproximación y de comunicación, conforme a lo dispuesto en el art. 57.1 y 48.1 y 2 CP , considerando proporcional la imposición de 5 años, que es el máximo contemplado por aquella norma para los delitos menos graves, catalogación que tiene el delito previsto en el art. 178 CP (art. 33.3 a) CP , de tres meses a cinco años).

SÉPTIMO.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Toda persona responsable penalmente de un delito lo es también civilmente, según dispone el art. 116 del Código Penal , precepto que es completado por el artículo 109 del mismo Cuerpo legal que establece que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar.

El Ministerio Fiscal ha solicitado la suma de 4000 euros, y estimamos que esa cantidad, que se solicita fundamentalmente por daño moral, consustancial a un delito violento contra la libertad sexual, es equitativa y proporcionada, atendida la gravedad del hecho, en los términos ya descritos.

Desde un punto de vista jurídico (por todos art. 162 y 164 - 168 CC), protegiendo además el interés superior de la menor, dicha suma le pertenece a la niña, puesto que ella es titular del derecho a la libertad sexual (no sus padres); ella es la que ha sufrido el daño moral, y, además, como menor de 15 años, ahora 17, años tiene capacidad legal de tener bienes.

Cuestión diferente es que los padres eventualmente sean los que administren dicha suma para la menor, conforme prevé el art. 164.1 Código Civil .



Por todo ello, el dinero que pueda pagar el acusado, aunque esto sea una posibilidad más bien muy remota, se deberá entregar a la menor.

Como mero "obiter dicta", podemos indicar que no se nos ha planteado la posible aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.3ª CP (hechos cometidos en ciertos establecimientos-Diputación Foral de Álava), bastante diáfana, o/y la directa, contemplada en el art. 117 CP (responsabilidad de una compañía aseguradora de aquella entidad pública), también a considerar y determinar, incluso para delitos dolosos, según la jurisprudencia del TS, Sala 2ª, aunque entendemos que esta vía de reclamación a la Diputación Foral de Álava queda abierta, en el orden jurisdiccional civil o contencioso, puesto que no se puede ni analizar ni obviamente fijar en este proceso, por los principios de rogación, dispositivo, y aún más, porque se debería haber traído al proceso a la Diputación Foral y a la compañía aseguradora correspondiente para poder examinar tales responsabilidades.

OCTAVO.- COSTAS

Conforme al art. 123 del Código Penal y 239 y 240. 2º de la LECr , se han de imponer al encausado, al haber sido condenado.

FALLAMOS

1.- Condenamos Darío , como autor responsable de un delito de agresión sexual previsto en el art. 178 CP , ya definido, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente, se le impone la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un período de 6 años.

2.- Esa pena de prisión será sustituida por la expulsión inmediata del territorio nacional, por un período de 6 años, para lo cual, en ejecución de esta sentencia, en su caso, se adoptarán las medidas legales previstas en el art. 89.8 CP .

3.- Para el caso de que retornara durante el período de expulsión, tras el cumplimiento de la pena de prisión, o lo hiciera después del período de expulsión, se le impone la medida de libertad vigilada, por un período de cinco años.

4.- Imponemos al acusado la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 200 metros de Trinidad , de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro lugar, por un período de cinco años.

5.- Imponemos al acusado a la pena de prohibición de comunicación con Trinidad por cualquier medio durante un período de 5 años.

6.- El acusado abonará a Trinidad la suma de 4000 euros, que devengará el interés legal del art. 576 LEC , desde la fecha de esta sentencia.

7.- El encausado pagará las costas procesales del proceso penal.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter de la LECr).

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.